Das Recht

auf die

Gesellschaftsbeiträge.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Richard Philipp

aus Stolp i/P.

Approbiert am 19. Februar 1903.

München 1903.

Druck von M. Ernst, Senefelderstr. 4.

23

Das Recht

auf die

Gesellschaftsbeiträge.

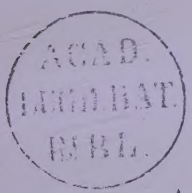
Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen



vorgelegt von

Richard Philipp

aus Stolp i/P.

Approbiert am 19. Februar 1903.

München 1903.

Druck von M. Ernst, Senefelderstr. 4.

Seiner Mutter

in Liebe und Dankbarkeit

gewidmet vom Verfasser.

Disposition.

A. Einleitung.

B. Behandlung.

I. Die Entstehung des Rechts auf die Gesellschaftsbeiträge.

II. Die Subjekte des Rechts.

III. Die Objekte des Rechts.

1. Im allgemeinen.
2. Die Arten der Beiträge.
3. Die Höhe der Beiträge.

IV. Eigenschaften des Rechts.

1. Das Recht als Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag.
   a) Im allgemeinen.
   b) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.
   c) Die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug.
2. Die Unübertragbarkeit des Rechts.

V. Das Erlöschen des Rechts.

1. Die Erfüllung.
   a) Die Arten der Erfüllung.
   b) Die Haftung bei der Erfüllung.
   c) Die Wirkungen der Erfüllung.
2. Auflösung der Gesellschaft.

Einleitung.

Oft ist der einzelne Mensch nicht im stande, einen gewählten Zweck mit seinen eigenen Mitteln zu erreichen, seine geistige oder physische Kraft, sein Kapital oder sein Kredit genügen nicht den Anforderungen, die das erwünschte Ziel verlangt. Dann sucht er sich einen Genossen, der das gleiche Ziel hat, damit dieser seine Kräfte mit den seinigen vereine und damit so ihren vereinten Kräften das erreichbar werde, was einem jeden allein nicht möglich war. Das Resultat einer solchen Vereinigung im täglichen Leben ist gewöhnlich das, was der Jurist als Gesellschaft bezeichnet. B. G.-B. § 705 sagt: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten."

Behandlung.

I. Die Entstehung des Rechts.

Der Wortlaut des § 705 hebt die Wichtigkeit der Gesellschaftsbeiträge hervor. Sie sind das vornehmste Mittel, um den Gesellschaftszweck zu verwirklichen, und in dem Augenblicke daher, wo die Gesellschaft selbst entsteht, ist auch das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge entstanden. Der Gesellschaftsvertrag ist es, der das Recht zur Entstehung bringt.[1])

Doch darf man den Begriff Gesellschaftsvertrag nicht zu eng fassen. Es ist nicht nur der die Gesellschaft ins Leben rufende Vertrag, der Vertrag, welcher die Vorschriften über die Begründung der Gesellschaft

[1]) Aber auch eben nur das Recht, eine dingliche Verfügung über die als Beiträge bestimmten Gegenstände wird durch den Gesellschaftsvertrag nicht vollzogen, nur eine Forderung auf sie wird erzeugt. Damit die Beiträge zur Verwendung bei den gesellschaftlichen Aufgaben brauchbar werden, müssen erst noch die sachenrechtlichen Vorgänge vollzogen werden, welche die Erfüllung oder Verwirklichung der obligatorischen Verpflichtung darstellen.

zusammenfasst, sondern nicht minder jede spätere Einigung der Gesellschafter über deren grundlegende Einrichtungen, mag sie die frühere Vereinbarung ändern oder ergänzen. Für den Gesellschaftsvertrag selbst werden im Gesetz keine besonderen Bestimmungen getroffen, er ist daher ebenso formlos giltig, wie es schon die römische societas als einer der vier Konsensualkontrakte war. Er könnte daher auch, obwohl dies selten geschehen wird, stillschweigend geschlossen werden, sofern sich nur in der Uebung der hierauf gerichtete übereinstimmende Wille der Kontrahenten ausspricht.[1]) Möglicherweise aber bedarf auch nach B. G.-B. der Vertrag einer besonderen Form, es kann die Art der Gesellschaftsbeiträge eine besondere Förmlichkeit verlangen. Verpflichtet sich nämlich ein Gesellschafter, Grundstücke in die Gesellschaft einzubringen, so liegt zugleich ein Vertrag über Grundstücke im Sinne des § 313 B. G.-B. vor, und es ist aus diesem Grunde die gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich. Dieselbe Form ist nach § 311 zu beobachten, wenn das ganze gegenwärtige Vermögen in die Gesellschaft eingebracht werden soll. Soll sich dagegen der Gesellschaftsvertrag auf das ganze künftige Vermögen oder einen Bruchteil desselben beziehen, soll also eine Verpflichtung begründet werden, das zukünftige Vermögen als Beitrag zu leisten, so erzeugt diese Art der Beitragsleistung Nichtigkeit des ganzen

[1]) Dernburg, Bürg. K. II, 2, S. 536.

Vertrages gemäss § 310 B. G.-B. Damit ist die römische societas omnium bonorum aus dem Gesetzbuch verbannt. Ein Vertrag über eine allgemeine Gütergemeinschaft ist nur möglich im ehelichen Güterrecht, und dann finden die Vorschriften über die Gesellschaft keine Anwendung.

Im übrigen ist die Vertragsfreiheit bei dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages im weitesten Umfange vorhanden. Es können jedem Gesellschaftsmitgliede beliebig Rechte und Pflichten zugewiesen, Vorteile eingeräumt und Lasten auferlegt werden; insbesondere beliebige vertragsmässige Bestimmungen über die Gesellschaftsbeiträge getroffen werden. Nur eines muss notwendigerweise beobachtet sein, damit eine Gesellschaft zu stande kommt:

es muss 1. jedem Gesellschafter eine Beitragspflicht auferlegt sein, und

2. die Höhe der Beiträge muss bestimmbar sein.

Es folgt aus der Natur der Sache, dass zur Erreichung eines Zweckes Mittel zur Verfügung stehen müssen, und da der Zweck eben ein gemeinsamer ist, so sollen alle diejenigen, die Teil haben an dem Zwecke, auch beitragen zu seiner Verwirklichung. Der Entwurf I des B. G.-B. sprach dies in dem, dem jetzigen § 706 entsprechenden § 630 aus. Doch hat die zweite Kommission den Satz als entbehrlich gestrichen.[1])

[1]) Protokolle II, S. 417.

Ein Vertrag, durch welchen ein Gesellschafter von der Beitragspflicht befreit, aber zur Teilnahme am gemeinsamen Zwecke, also insbesondere am Gewinne, berechtigt sein soll, ist kein Gesellschaftsvertrag, sondern es ist eine sich unter diesem Namen versteckende Schenkung, auf welche die Regeln über diese Anwendung zu finden haben.

Was die Bestimmbarkeit der Beiträge anbetrifft, so braucht ihre Höhe nicht unmittelbar festgesetzt zu sein. Ja, es kann unter Umständen schon mit der Einigung über den gemeinschaftlichen Zweck auch die Einigung über die von den Gesellschaftern zu machenden Leistungen gegeben sein; z. B., wenn zwei Personen verabreden, zusammen eine Flasche Wein zu trinken, so stehen ihre Leistungen von vornherein fest. In der Regel aber kann derselbe Zweck in der verschiedensten Weise verwirklicht werden und dann genügt die Einigung über den Zweck nicht, es muss vielmehr auch über die Art und Weise, in der der Zweck verwirklicht werden soll, eine besondere Einigung getroffen werden. Die Bestimmung kann seitens der Parteien im Vertrage selbst erfolgen, sie kann aber auch einem der Gesellschafter oder einem Dritten überlassen sein, worüber durchaus die allgemeinen Grundsätze der §§ 315—319 B. G.-B. gelten.

II. Die Subjekte des Rechts.

Durch den Gesellschaftsvertrag entsteht das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge, aber für wen entsteht es? Es ist dies eine Frage, die im heutigen Rechte sehr bestritten ist.

Im römisch-gemeinen Recht konnte kein Zweifel sein. Die Sozietät war ein lediglich obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern, das nirgends als eine Einheit auftrat. Es kam allerdings ein gemeinsames Vermögen der Sozien vor, aber dies waren nur tatsächlich zusammengefasste Bestandteile des Vermögens der einzelnen Gesellschafter, über welche diese ohne Rücksicht auf die Gesellschaft mit Rechtswirksamkeit verfügen konnten. Lediglich obligatorisch war der Gesellschafter den andern Gesellschaftern gegenüber verpflichtet, die vertragsmässig zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände in der Gemeinschaft zu belassen, auch war ihm der Anspruch auf Teilung der gemeinschaftlichen Vermögensstücke vor Beendigung der Gesellschaft versagt. Es konnte daher das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge nur den einzelnen Gesellschaftern zustehen, und zwar konnte gemäss der vom römischen Recht durchgeführten Alternative ein jeder entweder nach dem Quotenprinzip auf einen Anteil oder nach dem Solidarprinzip auf das Ganze berechtigt sein. Daher konnte, soweit die Beitragsleistung unteilbar war, ein jeder auf das Ganze,

wenn sie dagegen teilbar war, ein jeder auf seinen entsprechenden Anteil klagen.

Ganz anders steht es im heutigen Recht, in dem die Gesellschaft beherrscht wird von dem Prinzipe der gesamten Hand. Dieses im älteren deutschen Rechte entstandene Prinzip, welches zum Teil schon im preussischen A. L. R. [1]) zur Anerkennung gelangte, ist mit voller Entschiedenheit zuerst im allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch bei der Regelung der offenen Handelsgesellschaft zur Geltung gekommen.

Von hier hat es seinen Einzug in das bürgerliche Gesetzbuch gehalten, wozu es allerdings harter Kämpfe bedurfte[2]), da noch der erste Entwurf völlig romanistisch gehalten war.

Vor allem kommt das Prinzip der gesamten Hand im B. G.-B. zur Erscheinung in der Bildung eines besonderen Gesellschaftsvermögens. Es ist dies eine aus dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes abgesonderte, der Verfügung zu Privatzwecken entzogene Vermögensmasse. Die Bestandteile dieses Gesellschaftsvermögens sind nicht nach festen Bruchteilen geteilt, es bestehen nur Grundsätze über die Verteilung des Gewinns und die Auseinandersetzung. Ueber die einzelnen Stücke

---

[1]) Ueber das gemeinschaftliche Vermögen durften nur alle Gesellschafter zusammen verfügen. Dernburg, Preuss. Privatr. II., S. 650 f.

[2]) Vgl. Gierke, Der Entwurf eines B. G.-B. und das deutsche Recht. S. 90 ff.

des Gesellschaftsvermögens kann nur gemeinschaftlich verfügt werden, auch kann ein Gesellschafter über seinen Anteil an demselben nicht bestimmen. Diese Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens lässt sich nach der vornehmlich von Gierke[1]) vertretenen Ansicht zurückführen auf das Bestehen eines besonderen personenrechtlichen Bandes zwischen den Gesellschaftern. Dieses Band schliesst die Gesellschafter derart aneinander, dass nicht mehr der Wille des Einzelnen, sondern der Wille aller zusammen eine Wirkung zu äussern vermag; es hebt das „reine Fürsichsein" der Subjekte auf und schliesst sie zu einer Einheit zusammen, die Gierke als eine „Personeneinheit" bezeichnet.[2]) „Diese Personeneinheit ist keine juristische Person, sie ist nicht eine von den Gliedpersonen verschiedene und ihnen gegenüber verselbständigte Verbandsperson, sondern nur die kollektive Einheit der verbundenen Personen".[3]) Allein sie ist der Ausdruck dafür, dass die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit, als Gesamtheit fähig sind, Rechte zu haben, die sich von den ihnen als Einzelnen zustehenden Rechten unterscheiden. Das Vermögen eines Gesellschafters als Ganzes zerfällt demnach in zwei gesonderte Bestandteile; der eine ist der Privatdisposition unterworfen, und der andere ist durch das Gesellschaftsverhältnis gebunden. Durch diese Absonderung und Ver-

[1]) Gierke, Genossenschaftstheorie. S. 399 ff.
[2]) Gierke, Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 19, S. 118.
[3]) Gierke, Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 19, S. 118.

selbständigung des Gesellschaftsvermögens ist es möglich geworden, dass Obligationen zwischen der Gesellschaft als Ganzem und ihren eigenen Mitgliedern entstehen, obwohl die Gesellschaft durchaus keine juristische Person ist. Es wird durch die Trennung der Vermögensmasse verhindert, dass ein Schuldverhältnis dieser Art durch Konfusion untergeht. „Die Absonderung der Vermögensmassen wirkt hier in der Tat wie eine Verschiedenheit der Vermögensherren“ [1]).

Da so tatsächlich der Gesellschaft ein Recht gegen die einzelnen Gesellschafter zustehen kann, konnte sich in der Litteratur die Ansicht bilden, dass das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge ein derartiges Recht ist, während im römischen Recht, wie wir gesehen haben, nur die einzelnen Gesellschafter gegeneinander berechtigt waren. Es sind in Betreff des Rechts auf die Gesellschaftsbeiträge drei Ansichten in der Litteratur vertreten.

1. Nach der einen Ansicht steht das Recht nur der Gesellschaft als solcher zu. So Dernburg,[2]) Kipp.[3])

2. Nach der zweiten steht es nur den einzelnen Gesellschaftern zu. So Planck,[4]) Kuhlenbeck,[5]) Kober bei Staudinger,[6]) Knoke.[7])

---

[1]) Laband in Zeitschr. f. gesamt. Handelsrecht. Bd. 31, S. 22.
[2]) Bürgerliches Recht II, 2 S. 537, 544.
[3]) Windscheid-Kipp, Pandekten II, S. 731.
[4]) Kommentar II, S. 457, 459, 467.
[5]) Das B. G.-B. II, S. 488.
[6]) Staudingers Kommentar II, S. 546.
[7]) Recht der Gesellschaft S. 33.

3. Nach der dritten Ansicht steht es sowohl der Gesellschaft wie den einzelnen Gesellschaftern zu. So Staub,[1]) Cosack,[2]) Lehmann.[3])

Ich möchte mich für das bürgerliche Recht der Ansicht anschliessen, dass das Recht nur den einzelnen Gesellschaftern zustehe.

Gehen wir von den normalen Wirkungen eines Vertrages aus, so sind dies die, dass, sobald sich einzelne Personen als Parteien gegenüber stehen, nur diese einzelnen durch den Vertrag berechtigt und verpflichtet werden. Auch beim Gesellschaftsvertrag stehen sich einzelne Personen gegenüber. Es ist ja richtig, dass man den Gesellschaftsvertrag, auch wenn mehr als zwei Kontrahenten vorhanden sind, nicht in eine Reihe selbständiger Gesellschaftsverträge zerlegen kann, da wir es mit einem einzigen einheitlichen Vertrage zu tun haben und jeder einzelne Gesellschafter nicht mit jedem der anderen Gesellschafter für sich, sondern mit ihnen zusammen kontrahieren will. Gleichwohl kann der einzelne Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrage nicht der Gesamtheit der Gesellschafter, wie sie durch die Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens geschaffen wird, verpflichten, da ja diese Gesamtheit noch gar nicht besteht; die Gesellschafter sind ja bei der Schliessung des Gesellschaftsvertrages noch garnicht zu einer Einheit verbunden,

[1]) Kommentar zum H. G.-B. I., S. 383, Anmerkung 2.
[2]) Bürgerliches Recht II, S. 399, 400.
[3]) Lehmann-Ring, Kommentar I, S. 230.

erst durch den Gesellschaftsvertrag soll diese Einheit geschaffen werden. Wir haben oben gesehen, dass notwendiger Weise jeder Gesellschafter eine Beitragspflicht übernehmen muss und dass andernfalls keine Gesellschaft entsteht; mit andern Worten: es muss das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge entstehen, damit überhaupt eine Gesellschaft entsteht, erst mit der Existenz dieses Rechtes ist auch die Existenz der Gesellschaft vorhanden. Hieraus geht hervor, dass wenigstens primär die Verpflichtung nicht der Gesellschaft gegenüber begründet werden kann.

Es gibt ja, wie wir schon oben ausgeführt haben, allerdings Rechtsverhältnisse, wo die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit einem einzelnen Gesellschafter gegenüberstehen, und solche Rechtsverhältnisse können auch in derselben Urkunde geschaffen werden, auf welcher der Gesellschaftsvertrag niedergeschrieben ist. Aber es ist dann eben nur dieselbe Urkunde, mit dem Gesellschaftsvertrag an sich haben diese Rechtsbeziehungen nichts zu tun. Es wird manchmal schwer sein, diese Mischungen des reinen Gesellschaftsabkommens mit der Gesellschaft an sich fremden Geschäften tatsächlich zu trennen, rechtlich aber können sie nicht verwechselt werden. In allen solchen Fällen, wo z. B. ein Gesellschafter der Gesellschaft als Schuldner aus einem Kaufgeschäft oder als Gläubiger aus einem Darlehen gegenübersteht, muss seine gesellschaftliche Stellung ausser Acht gelassen und er wie ein Dritter behandelt werden. Alle Vorschriften über die Rechts-

beziehungen der Gesellschaft nach aussen, über die aussergerichtliche und gerichtliche Vertretung der Gesellschafter, über die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens kommen für ihn und wider ihn zu unverkürzter Anwendung.[1])

Der Gesellschaftsvertrag hat nun etwas, was ihn von gewöhnlichen Verträgen unterscheidet. Als sein wesentlicher Inhalt ergibt sich aus B. G.-B. § 705 die gegenseitige Verpflichtung, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu fördern; die Leistung des einen soll nicht dem andern ausschliesslich zu teil werden, sondern die Leistungen aller Gesellschafter sollen vereinigt werden, um den beabsichtigten Zweck zu verwirklichen. Die Leistung des einzelnen Gesellschafters hat demgemäss an alle Gesellschafter zusammen zu erfolgen; es kann kein Gesellschafter den andern auf Leistung eines verhältnismässigen Teils des diesem obliegenden Beitrags für sich in Anspruch nehmen,[2]) sodass eine Aufrechnung bezüglich der Leistungspflicht von Gesellschafter zu Gesellschafter unmöglich ist.[3])

Da so der Gesamtheit der Gesellschafter die Beiträge gehören sollen und nur die Gesellschaft als solche

[1]) Es muss z. B. gemeinrechtlich ausgedrückt mit der actio emti etc., nicht aber mit der actio pro socio geklagt werden.

[2]) Motive II, S. 598.

[3]) Die Mehrzahl der Schriftsteller nimmt hier den § 432 B. G.-B. als vorliegend an. So Oertmann, Kommentar II, S. 444, Staudingers Kommentar II, S. 543, Cosack, Bürgerliches Recht II, S. 374. Aber in § 432 ist nicht eine dem Zwecke nach unteilbare, sondern nur eine dem Wesen nach unteilbare Leistung gemeint. Vgl. Knoke, Recht der Gesellschaft, S. 34.

berechtigt sein soll, über sie zu verfügen, so kann allerdings der Gedanke auftauchen, dass das Gesetz auch schon das Recht auf diese Beiträge der Gesamtheit verleihen will; dass die Beiträge nicht nur, nachdem sie geleistet worden sind, einen Teil des Gesellschaftsvermögens bilden, sondern dass auch schon der vertragsmässige Anspruch auf dieselben zum Gesellschaftsvermögen gehören soll. Soviel steht m. E. fest: der Umstand, dass sich die Gesellschafter bei der Eingehung des Vertrages als Einzelne gegenübergestanden haben, kann allein nicht ausschlaggebend sein. Zwar vollzieht sich der Gesellschaftsvertrag dadurch, dass jeder der Beteiligten den Mitbeteiligten die Leistung bestimmter Beiträge verspricht und sich seinerseits von den einzelnen Mitkontrahenten einen Beitrag versprechen lässt; aber es ist wohl möglich, dass alles dies mit der Massgabe geschieht, dass die gesamten festgesetzten Rechte auf die Beiträge auf die auf der Basis des Gesellschaftsvermögens zusammengefasste kollektive Personenverbindung als den Berechtigten übergehen sollen. Die normalen Wirkungen eines obligatorischen Vertrages sind die, dass die Kontrahenten ein jeder für sich berechtigt und verpflichtet werden. Der Gesellschaftsvertrag aber gehört nicht zu den gewöhnlichen obligatorischen Verträgen, durch die Bildung eines besonderen, dinglich gebundenen Gesellschaftsvermögens ist er über sie hinausgehoben; wieweit er aber von ihnen abweicht, das ist die Frage, um die es sich hier handelt. Auf der einen Seite das

Prinzip des obligatorischen Vertrages, auf der anderen Seite das Prinzip der gesamten Hand. Welches von beiden siegreich gewesen ist, muss eine genaue Prüfung des Gesetzes ergeben; es ist nach einem Anhalte dafür zu suchen, ob das Gesetz das Recht auf die Beiträge den einzelnen Gesellschaftern, wie ich glaube, oder der Gesellschaft als solcher oder auch beiden zuweisen will.

Wenn wir zunächst den Wortlaut des Gesetzes betrachten, so heisst es zwar in § 705 „Die Gesellschafter sind gegenseitig verpflichtet"; dennoch aber können wir dies nicht für unsere Ansicht verwerten. Denn in dem umgekehrten Falle des § 717 wird auch von einem Anspruch gesprochen, der „den Gesellschaftern gegeneinander" zusteht, und als Beispiel unter anderem erwähnt der Anspruch, der einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zusteht. Dies ist aber m. E. zweifellos ein Anspruch, dem gegenüber die anderen Gesellschafter in ihrer Verbundenheit verpflichtet sind. Es könnte daher sehr wohl auch in § 705 gemeint sein, dass ein Gesellschafter den andern Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit verpflichtet ist.[1])

[1]) „Der Ausdruck die Gesellschafter gegeneinander" ist doppelsinnig. Einmal bedeutet er „ein Gesellschafter den andern Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit gegenüber" und zweitens „ein Gesellschafter den anderen einzelnen Gesellschaftern gegenüber". Dieser Doppelsinn tritt in § 717 hervor. Denn zu den Ansprüchen, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen und daher nicht übertragbar sind, gehört auch der Anspruch auf die Beiträge. Hier aber stehen sich die Gesellschafter wie oben ausgeführt, als Einzelne

Dass dies aber nicht der Fall ist, sondern dass hier die einzelnen Gesellschafter gemeint sind, geht m. E. deutlich aus § 718 B. G.-B. hervor. Schon der 1. Absatz, welcher besagt, dass nur die geleisteten Beiträge gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter werden, lässt per argumentum e contrario schliessen, dass das Recht auf diese Beiträge noch nicht zum Gesellschaftsvermögen gehört hat. Noch deutlicher aber zeigt sich dies aus dem 2. Absatz. Dieser besagt: „Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes . . . . . erworben wird". Sollte nun das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge der Gesellschaft als solcher, den Gesellschaftern in ihrer Verbundenheit zustehen oder, wie das Gesetz sagt,

---

gegenüber. Ueber diesen Doppelsinn muss man sich klar werden, denn es ist natürlich ein grosser Unterschied, ob A aus der Kasse der Gesellschaft „A und B" 1000 zu fordern oder ob er von B 1000 zu fordern hat. Beide Ansprüche sind prozessualisch gegen B zu richten, nichtsdestoweniger sind sie inhaltlich sehr verschieden. Dass, wenn ein Mitgesellschafter einen Anspruch gegen das Gesellschaftsvermögen hat, dieser nicht gegen sämtliche Gesellschafter, sich selbst eingeschlossen, in ihrer Verbundenheit geltend zu machen ist, sondern nur gegen die übrigen Gesellschafter in ihrer Verbundenheit, ist die unvermeidliche Konsequenz davon, dass die Gesellschaft des B. G.-B. nicht unter eigenem Namen klagen und verklagt werden kann. Dagegen kann die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, und wenn ein Anspruch gegen einen Mitgesellschafter geltend zu machen ist, klagt daher die Firma, nur die „Beschlussfassung" darüber, ob der Anspruch geltend gemacht werden soll, ist auch hier natürlicherweise nicht sämtlichen Gesellschaftern, sondern nur den übrigen Gesellschaftern überlassen. Vgl. H. G.-B. § 113.

zum Gesellschaftsvermögen [1]) gehören, so wäre in der Tat der 1. Absatz des § 718 überflüssig. Denn die Beiträge werden natürlich auf Grund des Rechts auf die Beiträge geleistet und sie durften deshalb, falls schon dies Recht zum Gesellschaftsvermögen gehörte, nicht noch besonders genannt werden. [2]) [3])

---

[1]) Es ist zu beachten, dass das B. G.-B zwar von „Geschäften der Gesellschaft" (§ 709), von „Angelegenheiten der Gesellschaft" (§ 745) spricht, nicht aber von einem „Rechte der Gesellschaft", vielmehr sagt es dafür „ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Recht" (§ 718 Abs. 2), „eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderung" (§ 719 Abs. 2, § 720). Dagegen spricht das H. G.-B. von einem „Rechte der Gesellschaft" (§ 113). Der Grund hierfür ist wieder der, dass die offene Handelsgesellschaft eine Firma, einen einheitlichen Namen hat, unter dem sie auftritt, (§ 124 H.-G.-B.). Die Gesellschaft des B. G.-B. dagegen kann nur unter den Namen der einzelnen Gesellschafter auftreten, ein Gesellschaftsname ist für sie nicht anerkannt.

[2]) Ebenso wie aus dem inneren Verhältnisse der Gesellschaft die Gesellschafter als Gesamtheit einem Mitgesellschafter verpflichtet sein können (§ 717), so können sie natürlich auch unter Umständen in ihrer Verbundenheit berechtigt sein, so z. B. wenn ein geschäftsführender Gesellschafter nicht diligentia quam suis prästiert hat. Aber wenn dieser Anspruch auch auf dem inneren Verhältnis beruht, so beruht er doch nicht allein auf dem Gesellschaftsvertrage (wie die Beitragspflicht), sondern setzt zu seiner Begründung ausser dem Gesellschaftsvertrag noch ein anderes Tatbestandsmerkmal voraus, nämlich die nachlässige Führung der Geschäfte; dieser Anspruch kann sich erst im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses aus der für den Gesellschaftsführer besonderen Sachlage entwickeln.

[3]) Dernburg, Bürgerl. Recht II, 2 S. 545 wendet ein: „Nicht zutreffend ist es, die Ansprüche auf Leistung von Beiträgen . . . . . dem Gesellschaftsvermögen abzusprechen. Dies hätte zur Folge, dass solche Ansprüche nach § 420 unter die mehreren Mitgesellschafter geteilt wären, dass die Gesellschafter

Diese Regelung des B. G.-B. müsste, da die gesellschaftlichen Vorschriften subsidiäre Anwendung auf die offene Handelsgesellschaft finden, auch für das Handelsrecht gelten, sofern nicht im H. G.-B eine abweichende Anordnung getroffen ist. Letzteres scheint mir allerdings der Fall zu sein.

§ 113 H. G.-B. spricht davon, dass, falls ein Gesellschafter die ihm nach § 112 obliegende Verpflichtung verletzt, die Gesellschaft Schadensersatz fordern kann. Die Verpflichtung des § 112 aber ist die, dass ein Gesellschafter der Gesellschaft nicht Konkurrenz machen darf; es ist dies eine Pflicht, die jeder Gesellschafter kraft des Gesellschaftsvertrages auf sich nimmt, um den Gesellschaftszweck zu fördern, und sie muss mit den Pflichten, von denen B. G.-B. § 705 spricht, insbesondere mit der Beitragspflicht, durchaus auf eine Stufe gestellt werden.

Man wird auch nicht sagen können, nach dem Wortlaut des § 113 H. G.-B. stehe der „Gesellschaft"

über ihre Anteile an diesen Forderungen selbständig verfügen dürften, dass ihre Gläubiger dieselben für ihre Privatforderungen pfänden könnten, dass endlich die Gesellschaftsgläubiger bezüglich rückständiger Beiträge keinen Vorzug vor den Privatgläubigern der einzelnen Gesellschafter hätten". Aber das Quotenprinzip des § 420 gilt nur „im Zweifel", die Gesellschaftsforderung ist, wie oben ausgeführt, eine eigenartige Forderung. Ferner bestimmt § 716: „Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehen, sind nicht übertragbar" und demgemäss auch nicht pfändbar. Endlich ist ein Vorzug der Gesellschaftsgläubiger vor den Privatgläubigern bezüglich der rückständigen Beiträge gar nicht vom Gesetz beabsichtigt.

nicht das Recht darauf zu, dass ein Gesellschafter sich der Konkurrenz enthalte, sondern nur das Recht, bei Verletzung dieser Pflicht Schadensersatz zu fordern. Denn nach den allgemeinen Grundsätzen kann nur derjenige Schadensersatz wegen Verletzung einer Pflicht geltend machen, dem gegenüber diese Pflicht begründet war. Wie für das bürgerliche Recht zu entscheiden ist, dass, wie das Recht auf die Beiträge den einzelnen Gesellschaftern zusteht, ebenso auch der Anspruch wegen Nichterfüllung den Einzelnen zusteht, so wird man für das Handelsrecht sagen müssen: da der Anspruch auf Schadensersatz der Gesellschaft zusteht, so muss ihr auch das primäre Recht selbst zugestanden haben.[1])

Man kann diese abweichende Regelung des Handelsrechts vom B. G.-B. um so eher annehmen, als der Wortlaut des § 113 nicht der einzige Punkt ist, auf den sich diese Ansicht stützen kann. Der Grund liegt vielmehr tiefer, er beruht auf dem allgemeinen Gegensatze, der zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der bürgerlichen Gesellschaft besteht.

Wir haben oben gesehen, dass das Prinzip der gesamten Hand im B. G.-B. nicht stark genug war, um den Grundsatz des obligatorischen Vertrages zu

[1]) Es ist noch zu beachten, dass nach § 113 das Recht auf Schadensersatz nur der Gesellschaft, nicht auch den einzelnen Gesellschaftern zusteht. Vgl. Staub, Kommentar I. zu § 113. Lehmann-Ring Kommentar zu § 113. Man wird dies aber nicht dahin erweitern dürfen, dass nach dem H. G.-B. auch das Recht auf die Beiträge nur der Gesellschaft zustehe.

durchbrechen, dass, wenn sich bei einem Vertrage Einzelne als Kontrahenten gegenüberstehen, nur diese Einzelnen aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet werden. Die gesamte Hand ist ja kein Rechtsinstitut, das einheitlich im Gesetze geregelt ist, sondern sie ist „ein elastisches Gedankenelement, das an diesem oder jenem Punkt auftauchen und schwächer oder stärker entfaltet sein kann".[1]) Obwohl nun dasselbe auch für die bürgerliche Gesellschaft durchaus keine nebensächliche Bedeutung hat, so ist es gleichwohl bei der offenen Handelsgesellschaft um vieles kräftiger und umfassender verwirklicht.[2]) Ja, es lassen sich mit Gierke alle wesentlichen Unterschiede der Handelsgesellschaft von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auf ein Plus von gesamter Hand zurückführen.[3])

Der Unterschied zwischen der bürgerlichen Gesellschaft und der Handelsgesellschaft findet seinen stärksten Ausdruck in der für die letztere begriffswesentlichen Firma. Die Gesellschaft des B. G.-B. hat keinen Namen, unter dem sie auftritt, die Gesellschafter können ihr zwar einen solchen beilegen, doch würde dies von der Rechtsordnung in keiner Weise berücksichtigt werden.

---

[1]) Gierke, Archiv f. bürg. R. Bd. 19, S. 118.

[2]) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 436 sagt: „Die gesamte Hand erscheint bei der offenen Handelsgesellschaft als ein zentraler und von innen wirkender Grundgedanke, welcher die gesamte Struktur dieses Gesellschaftsgebildes durchwaltet und sie in allen ihren Teilen gewissermassen wie das einheitliche Prinzip eines bestimmten juristischen Baustils durchdringt."

[3]) Gierke, Archiv f. bürg. R. Bd. 19, S. 119.

Dagegen kann es keine Handelsgesellschaft ohne Firma geben; diese ist zwar gemäss § 17 H. G.-B. an sich auch nichts weiter als der Kollektivname, unter dem die Gesellschafter ihre Geschäfte betreiben, aber sie ist der notwendige Kollektivname, der vom Gesetz anerkannt und geschützt und durch das Handelsregister veröffentlicht wird.

Unter dieser ihrer Firma nun ist die Handelsgesellschaft rechtsfähig. Sie kann nach § 124 H. G.-B. Rechte und Pflichten haben, vor allem: sie kann klagen und verklagt werden, sie ist unter ihrer Firma parteifähig. Das ist das wichtige Merkmal, das sie von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unterscheidet, jenes Merkmal, auf das es hier besonders ankommt.

Da die Handelsgesellschaft unter ihrer Firma vor Gericht auftreten kann, so werden die einzelnen Gesellschafter gar nicht genannt, und auch eine Prozessvollmacht kann durch blosse Unterzeichnung der Firma ausgestellt werden. Bei der Gesellschaft des B. G.-B. dagegen werden alle einzelnen Gesellschafter Partei, und auch wenn einem Geschäftsführer Prozessvollmacht erteilt wird, so müssen alle Gesellschafter namentlich als Kläger bezw. Beklagte aufgeführt werden.[1]) Wenn demnach eine Handelsgesellschaft ein Recht einklagt, das nur allen einzelnen Gesellschaftern zusteht, so muss die Klage abgewiesen werden, da die einzelnen Gesellschafter nicht Partei geworden sind. Klagt dagegen eine bürgerliche Gesellschaft ein Recht ein, so ist es

[1]) Hellwig, Klagerecht und Anspruch S. 199.

vollständig gleichgiltig, ob das Recht zum Gesellschaftsvermögen gehört oder ob es nur allen Gesellschaftern als einzelnen zusteht; denn die bürgerliche Gesellschaft als solche kann ja nicht klagen, es klagen stets die einzelnen Gesellschafter, auch wenn es eine Gesellschaftsforderung ist.[1]) Demnach war es für das bürgerliche Recht nicht nötig, der Gesellschaft als solcher das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge zu verleihen, denn es kann so wie so von der Gesellschaft, d. h. von allen Gesellschaftern zusammen, da ja von jedem Einzelnen eingeklagt werden. Da aber bei der Handelsgesellschaft gemäss der stärkeren Ausprägung der gesamten Hand eine so viel strengere Trennung zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern vorhanden ist, dass die Gesellschaft selbst ein Recht, das allen Gesellschaftern als Einzelnen zusteht, nicht einklagen kann, so schien es allerdings das praktische Bedürfnis zu erfordern, auch der Gesellschaft selbst das Recht auf die Beiträge zu verleihen.

[1]) Cosack, Handelsrecht, S. 555, behauptet allerdings auch für die Handelsgesellschaft: „Die Ausübung der Rechte, welche der Gesellschaft gegen einzelne Gesellschafter zustehen, geschieht durch die übrigen Gesellschafter. Und zwar treten diese in eigenem Namen auf, nicht unter der Gesellschaftsfirma. Denn bei einem Streite der Gesellschafter untereinander ist niemand vorhanden, der die Gesellschaft als Einheit zu vertreten befugt wäre und die Gesellschaftsfirma führen dürfte.“ Aber dies steht in direktem Widerspruche zu H. G.-B. § 113, wo bestimmt ist, dass die übrigen Gesellschafter nur darüber zu beschliessen haben, ob das Recht geltend gemacht werden soll, dass aber die Einforderung des Schadensersatzes, die Ausübung des Rechts von der Gesellschaft selbst zu geschehen habe.

Ein weiterer Grund für die verschiedene Regelung der Handelsgesellschaft und der bürgerlichen Gesellschaft ist die Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger. Die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens ist bei beiden Gesellschaften eine verschiedene; mag die rechtliche Natur dieselbe sein, insofern bei beiden ein Sondervermögen gebildet wird, dessen Subjekt die Gesellschafter zur gesamten Hand sind, so besteht dennoch bei dem Vermögen der Handelsgesellschaft eine stärkere Geschlossenheit und schärfere Trennung vom sonstigen Vermögen der Mitglieder. Auch der Begriff des Sondervermögens ist gemäss der Elastizität der gesamten Hand einer verschiedenen Stärke fähig, und er vermag der absoluten Selbständigkeit eines Vermögens, wie sie sich bei einer juristischen Person zeigt, mehr oder weniger nahe zu kommen.[1])

Infolge dieser stärkeren Geschlossenheit des Vermögens einer Handelsgesellschaft können alle Prozesse, welche sich auf Gesellschaftsverhältnisse beziehen, nur gegen die Gesellschaft unter ihrer Firma geltend gemacht werden, und zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist nur ein solcher Titel geeignet, der gegen die Gesellschaft erging. Wird dagegen eine Gesellschaft des B. G.-B. verklagt, so werden damit notwendigerweise alle einzelnen Gesellschafter verklagt, und das Urteil wird nicht etwa gegenüber den Gesellschaftern mit Beschränkung auf das Gesellschafts-

[1]) Vgl. Gierke, Archiv f. bürg. R., Bd. 19, S. 124, Hellwig, Anspruch u. Klagerecht, S. 198.

vermögen gefällt, sondern es hat generelle Bedeutung,[1]) sodass die Vollstreckung auch in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter stattfinden kann.

Würde also bei der Handelsgesellschaft das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören, so könnte ein Gesellschaftsgläubiger bei Rückständigkeit der Beiträge leicht um seine Befriedigung kommen, er müsste denn noch besonders die einzelnen Gesellschafter verklagen. Gehört es dagegen zum Gesellschaftsvermögen, so kann er das Recht pfänden lassen und auf diesem Wege die Beiträge zu seiner Befriedigung verwenden. Da aber eine Mehrzahl der Prozesse unnötige Mühen und Kosten verursacht und so weder im Interesse der Gläubiger noch im Interesse der Gesellschaft und damit der einzelnen Gesellschafter liegt, da es ferner auch unbillig erscheinen würde, ein so verschiedenes Vorgehen der Gläubiger von dem doch oft recht zufälligen Umstande, ob die Beiträge schon geleistet sind oder nicht, abhängig zu machen, so hat das Handelsgesetzbuch in richtiger Erwägung das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge auch der Gesellschaft als solcher verliehen.

Bei der Gesellschaft des B. G.-B. dagegen war dies nicht nötig, da, wie ausgeführt, zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nach C. P.-O § 736 ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist und auf Grund dieses selben Urteils ohne weiteres

---

[1]) Hellwig a. a. O. S. 200.

auch das Privatvermögen der Gesellschafter gepfändet werden kann. Es ist also für einen Gläubiger ganz gleichgültig, ob nach dem B. G.-B das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge auch der Gesellschaft zusteht oder nicht.

So zeigt sich auch aus dem Vergleich mit dem Handelsrecht, dass es aus logischen wie aus praktischen Gründen gerechtfertigt ist, für das B. G.-B. das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge den einzelnen Gesellschaftern zuzuweisen.

III. Die Objekte des Rechts.

1. Im allgemeinen.

Unter den Beiträgen, die jeder Gesellschafter zu leisten hat, sind nicht alle Leistungen zu verstehen, welche die Gesellschafter zur Erreichung des Zweckes der Gesellschaft auf sich nehmen, sondern nur diejenigen, welche das Anteilsrecht des Gesellschafters begründen, welche nach dem Gesellschaftsvertrage den Gegenwert für seinen Anteil am Gewinne bilden. Neben diesen kann z. B. die Verpflichtung bestehen, sich in eigenen Angelegenheiten solcher Handlungen zu enthalten, welche die Erreichung des Zweckes der Gesellschaft hindern oder vereiteln können.[1]) Eine bestimmte Art der Beiträge wird nicht erfordert. Was überhaupt zum Gegenstande einer Obligation gemacht

[1]) Protokolle II, S. 416.

werden kann, kann auch Gegenstand der Beitragspflicht der Gesellschafter sein. Ob die versprochenen Beiträge einen Vermögenswert haben müssen, hängt daher von der Beantwortung der Frage ab, ob die Leistung bei Obligationen überhaupt einen Vermögenswert haben muss. Eine Erörterung dieser allgemeinen Frage fällt nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit. Soviel jedoch steht fest, dass der Beitrag geeignet sein muss, den Gesellschaftszweck zu fördern. (§ 705).

Die Beiträge sind zu leisten in der durch den Vertrag festgesetzten Weise, insbesondere am bestimmten Orte und zur bestimmten Zeit. Ist kein Zeitpunkt festgesetzt, so entscheidet der nach den Umständen gewollte, im Zweifel der Beginn der Gesellschaft. Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, alle Voraussetzungen zu erfüllen, welche nach der Natur des einzubringenden Gegenstandes und den massgebenden Rechtsgrundsätzen zum Einbringen erforderlich sind, insbesondere, wenn die Gegenstände dem Rechte nach gemeinschaftlich werden sollen, die entsprechende Rechtsübertragung vorzunehmen.

2. Die einzelnen Arten der Beiträge.

Die einzelnen Arten der Beiträge können sehr verschieden sein.

Sie können einmalige oder wiederholte oder fortlaufende sein. Sie können bestehen in Sachen, Rechten, Handlungen, Arbeitsleistungen aller Art, faktischen

Verhältnissen (Kundschaft), sie können bestehen in einzelnen Sachen oder Rechten oder in einem Vermögensinbegriff (Geschäft); auch die Hergabe des Namens, der blosse Beitritt zu der Gesellschaft kann einen Beitrag enthalten, wenn dadurch mit Rücksicht auf die Mitgliedschaft des Beitretenden der Kredit der Gesellschaft erhöht wird.[1])

Wegen der grossen praktischen Bedeutung und weil dem Begriffe Beitrag hier eine weitere Bedeutung beigelegt wird, als sie ihm nach der gewöhnlichen Auffassung des Lebens zukommt,[2]) hebt das Gesetz in § 706 Abs. 3 noch besonders hervor, dass der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen könne.[3]) Auch das ist in der Regel möglich, dass die Gesellschaft ausschliesslich auf den Dienstleistungen ihrer Mitglieder ohne alles Kapital aufgebaut wird.[4])

Das Gesetz verwendet die beiden Ausdrücke „Beitrag" und „Einlage," und es hat sich daher im Anschluss an den Sprachgebrauch vor dem B. G.-B. eine

[1]) Staub, Kommentar I, S. 347.

[2]) Protokolle II, S. 417.

[3]) Schon nach römischem Rechte konnten die Beiträge sowohl in der Leistung von Diensten wie von Vermögenswerten bestehen. Vgl. l. 5 § 1 D 17,2: societas antem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat quantum ei per comparationem patrimonii deest. Gaius III § 149: nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, aliter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit: saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.

[4]) Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse S. 71.

Ansicht gebildet, welche unter diesen beiden Worten Verschiedenes verstehen will. So lehrt Staub[1]): „Beitrag ist der weitere Begriff, die Einlage ist eine Art des Beitrages. Die Beiträge eines Gesellschafters umfassen alles, was der Gesellschafter für die Zwecke der Gesellschaft gibt oder leistet. Als Einlage können aber nur verkehrsfähige Objekte figurieren . . . . . Als solches Objekt ist aber nicht die Arbeitskraft und die Arbeitspflicht zu betrachten.“ Diese Unterscheidung Staubs lässt sich jedoch nach dem B. G.-B. nicht aufrecht erhalten. Dieses spricht im § 733 Abs. 2 direkt von Einlagen, die in der Leistung von Diensten bestehen. Es wollte absichtlich wenigstens im Prinzip die persönliche Dienstleistung der Kapitalseinlage gleichstellen. Es ist ja richtig, dass die einzelnen Dienste nicht auf eine Stufe zu stellen sind mit einem Kapital. Man kann vielmehr dem Kapital nur die Fähigkeit, die Tüchtigkeit und geistige Anlage zu solchen Dienstleistungen gegenüberstellen. Den einzelnen Diensten selbst entspricht das Tätigsein des Kapitals, seine Benützung zu den Geschäften der Gesellschaft, und das wahre Verhältnis ist, dass der eine Gesellschafter seine Kapitalien, der andere seine Fähigkeiten und Arbeitskraft in die Wagschale legt. Trotz solcher Verschiedenheit der Beiträge aber sollen beide Gesellschafter nach dem Gesetze gleichen Anteil sowohl am Verluste wie am Gewinne haben (§ 722), und es ist

[1]) Kommentar I, S. 383. Anm. 3.

daher Staubs Unterscheidung zwischen Dienstbeiträgen und anderen Beiträgen weder begründet noch erforderlich.

Auch darin besteht kein Unterschied zwischen Beitrag und Einlage, dass die Einlage stets geleistet und der Beitrag geschuldet werde. Zwar scheint das B. G.-B. hiervon auszugehen,[1]) insbesondere stellt es in § 707 dem „vereinbarten Beitrag" die „durch Verlust verminderte Einlage" gegenüber. Aber im § 718 ist davon die Rede, dass die „Beiträge" der Gesellschafter deren gemeinschaftliches Vermögen werden, und hier kann nur an wirklich geleistete Beiträge gedacht sein.[2])

Die Beiträge können entweder quoad dominium (sortem) gemacht werden, d. h. so, dass der Gegenstand aus dem Vermögen des Gesellschafters in das der Gesellschaft übergeht, demnach, wenn es sich um eine dem Gesellschafter gehörige Sache handelt, dass die Gesellschaft das Eigentum daran erwirbt, wenn es sich um eine ihm zustehende Forderung handelt, dass die Gesellschaft Gläubigerin wird. Oder die Beiträge können quoad usum gemacht werden, d. h. so, dass der Gesellschaft nur die Nutzung oder der Gebrauch überlassen wird.[3])

---

[1]) Vgl. Motive II, S. 597, ferner B. G.-B. §§ 733, 734, 739.

[2]) Für gleiche Bedeutung der Worte: Cosack, Bürgerl. Recht II, S. 400. Staudinger Kommentar II, S. 546. Protokolle II, S. 441.

[3]) Einige, so z. B. Staub, Kommentar I, S. 385, wollen unterscheiden:

Es kann nun zweifelhaft sein, ob eine in die Gesellschaft eingebrachte Sache zu Eigentum oder lediglich zur Benutzung übergeben worden sei. Da die körperliche Tätigkeit bei beiden Akten oft die gleiche sein wird, so kommt dann lediglich die Absicht, welche diese Tätigkeit begleitete, bezw. hervorrief, in Frage. Ist diese Absicht erklärt, so ist die Erklärung unbedingt massgebend. Ist keine Erklärung erfolgt, so wird sich häufig aus dem Gesellschaftszweck auf die Absicht schliessen lassen.

Für den Fall jedoch, dass die Absicht nicht zu erkennen ist, stellt das Gesetz in § 706 Abs. 2 zwei Vermutungen auf. Es unterscheidet 1. verbrauchbare, 2. vertretbare und 3. nicht verbrauchbare und nicht vertretbare Sachen und bestimmt:

a) wenn vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen sind, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Da nämlich verbrauchbare und vertretbare Sachen, insbesondere Geld, regelmässig nur dadurch nutzbar gemacht werden können, dass

---

1. Einbringung quoad dominium,
2. Einbringung quoad sortem,
3. Einbringung quoad usum.

Bei der Einbringung quoad sortem soll die Sache zwar nicht in das Eigentum der Gesellschaft übergehen, aber doch so behandelt werden, als wäre sie ihr Eigentum, insofern die Gesellschaftsorgane entscheiden über das Schicksal der Sache und Nutzen und Lasten der Sache die Gesellschaft treffen. Aber diese Einbringung wird besser als Abart der Einbringung quoad usum angesehen.

über die Substanz derselben durch wirklichen Verbrauch oder durch Veräusserung verfügt wird, so ist anzunehmen, dass das Einbringen zu dem Zwecke geschieht, der Gesellschaft diese Art der Benutzung rechtlich möglich zu machen. Dies aber geschieht dadurch, dass dieselben in das Eigentum übertragen werden.

b) Bei der Einbringung von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen ist gleichfalls im Zweifel anzunehmen, dass sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Vorausgesetzt wird hier aber weiter, dass sie nicht nach einer Schätzung beizutragen sind, welche lediglich für die Gewinnverteilung bestimmt ist, also auf Grund einer sogenannten aestimatio venditionis causa, nicht bloss taxationis causa. Ob die Schätzung schon geschehen ist oder erst bei oder nach der Einbringung geschehen soll, macht keinen Unterschied. Dass, wenn überhaupt eine Schätzung vereinbart ist, die Vermutung für eine solche venditionis causa spricht, ergibt die Natur der Sache und der Wortlaut („die nicht bloss für . . . . . .") [1] Diese Regelung des Gesetzes beruht auf dem Gedanken, dass bei nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, namentlich Grundstücken, die Benutzung zu gesellschaft-

[1]) Oertmann, Kommentar, S. 445. Staudinger, Kommentar II, S. 545. Abweichend: Windscheid-Kipp, Pandekten II, S. 731.

lichen Zwecken meist sehr wohl tunlich ist, auch wenn der einzelne Gesellschafter Eigentümer bleibt. Es wird daher nicht ohne weiteres Einbringung dem Eigentume nach vermutet. Wenn jedoch die Sache durch Schätzung zum abstrakten Wertobjekt gemacht ist, so ist anzunehmen, dass das Eigentum übergehen solle und dass der Gesellschafter mit der Einlage des Wertes bei der Gesellschaft beteiligt sein, d. h. ein eventuelles Rückforderungsrecht auf diesen Wert begründen wolle.[1]) Wird aber nicht die Sache durch aestimatio venditionis causa zum abstrakten Wertobjekt gemacht, vielmehr die Schätzung nur zum Zwecke der Gewinnverteilung vorgenommen, so kann hieraus die Absicht, Eigentum zu übertragen, nicht abgeleitet werden.

Das Gesetz stellt also bezüglich bestimmter Sachen eine Präsumtion für den Uebereignungswillen der Gesellschafter auf. Es darf nun aber nicht per argumentum e contrario gefolgert werden, dass für alle übrigen Sachen eine praesumtio usus gelte, z. B. darf für eine nicht vertretbare und nicht verbrauchbare Sache, bei der überhaupt keine Schätzung stattfindet, nicht die Vermutung aufgestellt werden, dass sie nur quoad usum beigetragen werden solle. Es steht vielmehr für solche Sache per argumentum e contrario nur fest, dass keine praesumtio dominii bestehe, dass

---

[1]) v. Hahn, Kommentar I, S. 396.

also gar keine praesumtio besteht. Zu weit wäre es gegangen, wollte man anstatt keiner Präsumtion eine andere Präsumtion aufstellen.[1])

3. Die Höhe der Beiträge.

Ebenso wie die Art der Beiträge bei den einzelnen Gesellschaftern eine verschiedene sein kann, so kann auch ihre Höhe eine ungleiche sein. Nur mangels besonderer Bestimmung lässt sie B. G.-B. § 706 Abs. 1 nach dem Vorbilde des alten H. G.-B. Art. 267 gleich sein.

Wie hoch der zu gewährende Beitrag sei, darüber entscheidet nicht etwa das Bedürfnis der Gesellschaft, sondern einzig und allein der vertragsmässige Wille der Gesellschafter. Es könnte sich ja fragen, ob der Vertrag nicht dahin auszulegen wäre, dass die Gesellschafter zur Erreichung des angestrebten Zweckes Nachschüsse zu leisten hätten. So konnte z. B. nach A. L. R. I, 17 §§ 190 f. von den Gesellschaftern zur Vermeidung des Ausschlusses eine Erhöhung der Einlage gefordert werden, wenn die Erreichung des gemeinsamen Endzwecks dies erforderte. Das B. G.-B. jedoch verneint, nach dem Vorbilde des alten H. G.-B. Art 92[2]) diese Pflicht. Ein Gesellschafter ist nach § 707 nicht

---

[1]) Ebenso Windscheid-Kipp, Pandekten II, S. 731, Motive II, S. 598.

[2]) Ins neue H. G.-B. ist die Vorschrift, weil durch § 707 B. G.-B. entbehrlich geworden, nicht aufgenommen.

verpflichtet, seinen Beitrag über den vereinbarten Betrag hinaus zu erhöhen, auch wenn sich ohne eine solche Erhöhung der Zweck des Vereins nicht erreichen lässt, und ebensowenig braucht er die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen. Lässt sich mit den festgesetzten oder verminderten Beiträgen nicht wirtschaften, so bleibt nichts anderes übrig, als die Gesellschaft aufzulösen. Die Bestimmung des § 707 ist aber dispositiver Natur, sie greift also nicht Platz, wenn und soweit in dem Gesellschaftsvermögen etwas anderes bestimmt worden ist; auch kann selbstverständlich eine Erhöhung durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter festgesetzt werden.

Ein Gesellschafter braucht sich auch die freiwillig erhöhte Beitragsleistung seitens der anderen Gesellschafter, obschon sie zur Erreichung des vereinbarten Zweckes erfolgte, keineswegs gefallen zu lassen, selbst dann nicht, wenn sein Anteil am Gewinne verhältnismässig der gleiche bleiben sollte. Er kann, unbeschadet seines Rechts zu kündigen, der Einbringung weiterer Beiträge sich überhaupt widersetzen, weil solche gegen den Gesellschaftsvertrag verstossen würde; auch würde dadurch eine Steigerung seiner Verantwortlichkeit und seiner Pflichten bewirkt werden, da den betreffenden Gesellschaftern ja bei der Auflösung desto mehr zurückzuerstatten wäre.[1])

---

[1]) Ebenso Motive II, S. 597. Planck, Kommentar II, S. 459. Behrend, Handelsrecht, S. 482. Cosack, Bürgerl.

Ebensowenig wie eine Erhöhung der Beiträge verlangt werden kann, ist natürlich der einzelne Gesellschafter befugt, seinen Beitrag herabzusetzen. Es ergibt sich dies daraus, dass der Gesellschafter die durch den Vertrag übernommene Verpflichtung einseitig ändern kann.

IV. Eigenschaften des Rechts.

1. Das Recht als Forderung aus einem gegenseitigen Vertrag.

a) Im allgemeinen.

Es ist eine schon im gemeinen Recht bestrittene Frage, ob der Gesellschaftsvertrag zu den gegenseitigen Verträgen im Sinne der allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts zu zählen sei oder nicht.[1])

Auch im Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Streit nicht direkt entschieden. Die Motive bemerken ausdrücklich, dass eine Lösung dieser Frage der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben solle.[2])

Recht II, S. 401. Staub, Kommentar I, S. 385. Abweichend: Oertmann, Kommentar, S. 446. Staudinger, Kommentar, S. 548.

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten II, § 724, Anm. 1a.

[2]) Motive II, S. 598. An einer anderen Stelle (II, S. 600) gehen sie allerdings davon aus, dass die Vorschriften des Entwurfs I § 368 (§ 323 B. G.-B.) betreffs der Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen anwendbar seien, und wollen nur die nähere Bestimmung über die Art und Weise der Anwendbarkeit der Wissenschaft überlassen. In den Protokollen ist die Frage nicht erörtert, nur in II, S. 425 findet sich ge-

In der heutigen Litteratur finden sich drei Ansichten vertreten:

1. Nach der einen Ansicht ist der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag, doch finden die Vorschriften über diese i. a. keine Anwendung. So Dernburg.[1])

2. Nach der andern Ansicht ist der Gesellschaftsvertrag kein gegenseitiger Vertrag im engeren Sinne des Zivilrechts, doch finden die Normen über diese in einzelnen Beziehungen entsprechende Anwendung. So Kober in Staudingers Kommentar.[2])

3. Nach der dritten und herrschenden Ansicht, der auch ich mich anschliessen möchte, ist der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag im technischen Sinne, und es haben daher die Vorschriften über solche prinzipielle Anwendung zu finden. So Planck,[3]) Cosack,[4]) Oertmann,[5]) Kuhlenbeck,[6]) Lehmann,[7]) Knoke.[8])

---

legentlich die Bemerkung, dass gegen den Erwerber der Forderung eines Gesellschafters auf zukünftigen Gewinn auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages begründet sei. Doch wird auf diese gelegentliche Bemerkung kein Gewicht zu legen sein. Vgl. Planck, II, S. 454.

[1]) Bürgerliches Recht II, 2, S. 537.
[2]) II, S. 543.
[3]) Kommentar II, S. 453 ff.
[4]) Bürgerliches Recht II, S. 391.
[5]) Kommentar S. 443.
[6]) Das B. G.-B., § 705, Anm. 4.
[7]) Lehmann-Ring, Kommentar I, S. 229.
[8]) Recht der Gesellschaft, S. 41.

Es ist ja allerdings unzweifelhaft, dass sich der Gesellschaftsvertrag in wesentlicher Beziehung von den übrigen gegenseitigen Verträgen wie Kauf, Miete, Dienst- und Werkvertrag unterscheidet. Letztere sind direkt auf einen Austausch von Leistungen unter den Kontrahenten gerichtet, beim Gesellschaftsvertrag dagegen soll eine Vereinigung von Leistungen zweier oder mehrerer stattfinden. Es liegen keine entgegengesetzten Interessen vor, sondern der Zweck ist ein gemeinschaftlicher, durch die Zusammenwirkung der Leistungen aller soll ein Erfolg erzielt werden, von dem alle Vorteil haben.

Es spitzt sich somit alles auf die Frage zu: Gehört es zum Begriffe eines gegenseitigen Vertrages nach B. G.-B. § 320 ff., dass ein direkter Austausch von Leistungen stattfindet oder nicht?

Dies wird zu verneinen sein, denn:

Erstens: Der Wortlaut des Gesetzes spricht dagegen. Bei der Sorgfalt, mit welcher die Vorschriften des B. G.-B. gefasst sind, würde es in hohem Masse auffallen, wenn der Ausdruck „gegenseitig", der sonst im Gesetze in einem bestimmten technischen Sinne gebraucht wird, gerade in dem Falle, wo er auf den Gesellschaftsvertrag angewendet ist, eine andere Bedeutung haben sollte.

Zweitens aber trifft der allgemeine Gesichtspunkt, auf dem die Vorschriften des §§ 320 ff. beruhen, auch auf den Gesellschaftsvertrag zu. Aus der Gegenseitigkeit der eingegangenen Verpflichtungen wird gefolgert,

dass die Verpflichtung des einen Teils abhängig sein soll von der Verpflichtung des andern Teils. Dieser Gesichtspunkt aber trifft auch für den Gesellschaftsvertrag zu. Eine jede Partei übernimmt die Verpflichtung, den Gesellschaftszweck zu fördern, nur gegen die gleiche Verpflichtung der andern Partei. Die Gesellschaft wird dazu eingegangen, dass durch das gemeinschaftliche Kapital und die gemeinschaftliche Arbeit ein Zweck erreicht werde, welcher durch das Kapital und die Arbeit des Einzelnen nicht erreicht werden könnte. Der einzelne Gesellschafter übernimmt daher durch den Gesellschaftsvertrag die Verpflichtung zu leisten vernünftiger Weise nur unter der Voraussetzung, dass auch der andere Gesellschafter leiste, die Leistung des einen ist die conditio sine qua non der Leistung des andern.

Man wird also sagen müssen, dass zum Begriffe des gegenseitigen Vertrages ein direkter Austausch von Leistungen mit kollidierenden Interessen nicht erforderlich ist, sondern dass schon dann ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, wenn notwendiger Weise ein jeder Kontrahent sowohl berechtigt als verpflichtet wird.

Hieraus folgt aber auch, dass die Vorschriften des B. G.-B. § 320 ff. auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung zu finden haben. Damit ist nicht gesagt, dass diese Vorschriften strikte ohne jede Modifikation zu gelten haben, sondern nur unter denjenigen Aenderungen, welche die eigentümliche Natur des Gesellschaftsvertrages erfordert. Jene Vorschriften stehen in

dem Teile des Obligationenrechts, der die allgemeinen Regeln enthält, sie haben daher nur soweit Anwendung zu finden, als nicht im besonderen Teile bei den einzelnen Rechtsinstituten eine abweichende Regelung getroffen ist; ist dies geschehen, und das braucht nicht direkt ausgesprochen zu sein, sondern kann auch durch Entwicklung aus Begriff und Wesen des betreffenden Rechtsinstituts gefolgert werden, dann muss die lex specialis der lex generalis vorgehen. Wir haben demnach hinsichtlich der einzelnen Bestimmungen über die gegenseitigen Verträge zu untersuchen, ob sie auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung zu finden haben oder nicht.

b) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Was zunächst die Einrede des nicht erfüllten Vertrages betrifft, so wird sie zwar bei gewissen besonderen Verpflichtungen der Gesellschafter, die nicht allein auf dem Gesellschaftsvertrage beruhen, nicht anwendbar sein;[1]) auf diejenige Verpflichtung aber, die uns hier interessiert, nämlich die Beitragspflicht werden die Vorschriften der §§ 320—322 unbedenklich anzuwenden sein.[2])

---

[1]) Z. B. bei der Verpflichtung zur Rechnunglegung.

[2]) Ebenso Oertmann, Kommentar S. 443. Staudingers Kommentar II, S. 543. Planck, Kommentar II, S. 454. Knoke, Recht der Gesellschaft S. 42. Abweichend diejenigen Schriftsteller, welche das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge der Gesamtheit der Gesellschafter zuschreiben, wie Dernburg, Bürgerliches Recht II, 2 S. 537, Windscheid-Kipp, Pandekten II, S. 731 (teilweise zustimmend).

Diese Einrede beruht auf dem Gedanken, dass es unbillig von einem Kontrahenten sein würde, vom Gegner Erfüllung zu verlangen, ohne selbst zu erfüllen, und so diesen in die Gefahr zu bringen, seine Leistung zu verlieren, ohne die Gegenleistung zu erlangen. Diese Gefahr liegt aber nicht nur dann vor, wenn die Leistungen ausgetauscht, sondern auch, wenn sie vereinigt werden sollen. Dies ist besonders dann der Fall, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind. Besteht die Gesellschaft dagegen aus mehreren Personen, so wird man unterscheiden müssen:

1. Hat derjenige Gesellschafter, welcher klagt, noch nicht erfüllt, so findet die Einrede statt.

2. Hat der klagende Gesellschafter selbst schon erfüllt, aber ein anderer Gesellschafter noch nicht, so findet die Einrede nicht statt; sondern der Beklagte muss den Beitrag an alle Gesellschafter, also auch an denjenigen, welcher noch nicht erfüllt hat, leisten. Denn wenn jeder Gesellschafter nur dann zu leisten brauchte, wenn schon sämtliche übrigen erfüllt haben, könnte es dahin kommen, dass die Leistungen überhaupt nicht eingetrieben werden könnten. Derjenige Gesellschafter, welcher erfüllt hat, würde die übrigen verklagen; von diesen würde jeder, sobald irgend ein anderer noch nicht erfüllt hat, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages vorschützen, und die Folge wäre ein Urteil, welches jeden säumigen Gesellschafter zur Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Leistungen sämtlicher übrigen verurteilte. Darauf aber, dass sämt-

liche übrigen einem säumigen Gesellschafter die Leistung anbieten, hat der Kläger keinen Einfluss, das Urteil wäre also nicht vollstreckbar. Es kann deshalb die Einrede nur dann zugelassen werden, wenn der Kläger selbst es ist, der noch nicht erfüllt hat. Die Vorschrift des § 320 Abs. 1 Satz 2: „Hat die Leistung an Mehrere zu erfolgen, so kann dem Einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden", findet hier keine Anwendung; diese Bestimmung gilt nur für den Fall, dass mehrere Gläubiger pro parte berechtigt sind, bei der Gesellschaft aber hat, wie ausgeführt, jedes Mitglied einen selbständigen Anspruch auf Leistung des ganzen Beitrages an alle Gesellschafter.[1])

c) Die Unmöglichkeit der Leistung und der Verzug.

In Betreff der Unmöglichkeit der Leistung müssen wir nach §§ 323—325 drei Fälle unterscheiden:

I. Der Beitrag eines Gesellschafters wird infolge eines Umstandes unmöglich, den kein Teil zu vertreten hat.

II. Er wird unmöglich infolge eines Umstandes, den ein anderer Gesellschafter zu vertreten hat.

---

[1]) Wollte man die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht anwenden, so würde doch einem Gesellschafter gegen den Anspruch des anderen das Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273, 274 zustehen. Doch hat dies schwächere Wirkungen. Vgl. **Planck, Kommentar** II, S. 454.

III. Der Beitrag eines Gesellschafters wird unmöglich infolge eines Umstandes, den er selbst zu vertreten hat.

Ad. I: In Betreff der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung eines Gesellschafters stehen zwei Paragraphen nebeneinander. Der § 323 bestimmt: „er verliert den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Massgabe der §§ 472, 473." Der § 723 dagegen schreibt vor, dass in solchem Falle jeder andere Gesellschafter nur ein Kündigungsrecht hat. Es fragt sich nun, wie sich diese beiden Paragraphen zu einander verhalten. Nach der einen Ansicht soll nur § 723 zur Anwendung kommen; so Cosack,[1]) Kipp.[2]) Nach der anderen Ansicht, der auch ich mich anschliessen möchte, muss je nach der Lage des Falles der eine oder der andere Paragraph angezogen werden. So Planck,[3]) Schollmeyer.[4])

Zur besseren Beleuchtung der verschiedenen Sachlagen können wir wieder drei Fälle unterscheiden.

1. Die Leistung eines Gesellschafters wird teilweise unmöglich. Dann mindern sich gemäss § 723 die Leistungen der übrigen verhältnismässig. Denn als Gegenleistung hat nicht etwa der schliesslich erzielte Gewinn, sondern die von den andern Gesell-

---

[1]) Bürgerl. Recht II, S. 400.
[2]) Windscheid-Kipp, Pandekten II, S. 732.
[3]) Kommentar II, S. 454.
[4]) Einzelne Schuldverhältnisse, S. 73.

schaftern versprochenen Beiträge zu gelten; es war ja vielleicht gerade der verschlechterte Beitrag, der trotz seiner Verschlechterung hauptsächlich den Gewinn herbeiführte.[1]) Ist die Verminderung des Beitrags wesentlich, so hat ferner jeder andere Gesellschafter nach § 723 Abs. 1 Satz 2 das Recht, die Gesellschaft zu kündigen. Ist die Verminderung so gross, dass dadurch die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich wird, so endet die Gesellschaft ohne weiteres nach § 726.

2. Die Leistung eines Gesellschafters wird vollständig unmöglich und die Gesellschaft besteht aus zwei Personen. Dann wird nach § 323 der andere Gesellschafter hierdurch von seinen Verpflichtungen befreit, die Gesellschaft löst sich also auf. Hat bereits ein Geschäftsbetrieb der Gesellschaft stattgefunden, sodass vielleicht schon Gewinn erzielt oder Verlust eingetreten ist, so findet die Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht statt. Doch mit einer Modifikation: es ist nach § 323 Abs. 3 nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung auch für Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Ueberlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben, Ersatz zu leisten. Der Grund hierfür ist der: Das Gesetz (§ 733) hat für die Dienste und die Gebrauchsüberlassung keinen Ersatz gewähren wollen, weil es davon ausging, dass derjenige, der ein

[1]) Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse. S. 73.

Kapital einbrachte, ja auch die Zinsen verlor, ohne Ersatz zu bekommen; dem Kapital entspricht, wie ich oben unter den „Objekten des Rechts“[1]) ausgeführt habe, die Arbeitskraft, den Zinsen entsprechen die Dienste. Ist nun einem Gesellschafter die Leistung eines kapitalwerten Gegenstandes unmöglich geworden, so hat er ja wie den Gegenstand, so auch nicht die Früchte an die Gesellschaft abgeben können, er kann daher auch nicht verlangen, dass der andere Gesellschafter seine Dienste umsonst hergegeben habe. Insofern findet also wieder § 323 (Abs. 3) Anwendung.

3. Die Leistung eines Gesellschafters wird vollständig unmöglich, und die Gesellschaft besteht aus mehr als zwei Personen. Dann werden diesem Gesellschafter gegenüber zwar auch nach § 323 die übrigen Gesellschafter befreit, da sich hier aber auch dann noch Gesellschafter gegenüber befinden, die sich zur Leistung verpflichtet bleiben, so löst sich die Gesellschaft nicht ohne weiteres auf. Weil jedoch die einzelnen Verpflichtungen nicht gänzlich unabhängig dastehen, sondern jeder Gesellschafter nur mit allen andern zusammen an der Förderung des Gesellschaftszwecks teilnehmen wollte, so gewährt der § 723 jedem Einzelnen das Recht, die Gesellschaft zu kündigen.

Es fehlt nicht an Stimmen, welche die hier vorgenommene verschiedene Regelung zwischen einer aus zwei Personen und einer aus mehr als zwei Personen

---

[1]) S. S. 34.

bestehenden Gesellschaft nicht billigen. So bemerkt insbesondere Dernburg[1]) gegen Planck, der ebenfalls die Scheidung vornimmt, eine solche Auffassung könne nicht befriedigen; „man kommt zu dem schwerlich vom Gesetze beabsichtigten Ergebnis, dass die Gesellschaft in beiden Fällen sehr verschiedenen Rechtssätzen unterliegt." Es scheint mir jedoch eine solche Trennung tief im Wesen der Gesellschaft begründet zu sein. Eine Gesellschaft wird eingegangen, damit durch gemeinschaftliche Mittel ein Zweck erreicht werde, für den die Mittel des Einzelnen nicht ausreichen. Sind nun zwei Gesellschafter vorhanden und dem einen wird die Leistung der von ihm versprochenen Beiträge unmöglich, so fällt damit notwendigerweise die Gemeinschaftlichkeit der Mittel, um deretwillen die Gesellschaft eingegangen ist, fort, und es ist demnach nur gerechtfertigt, dass sich auch im selben Augenblicke die Gesellschaft auflöst. Sind dagegen mehr als zwei Gesellschafter vorhanden und dem einen von ihnen wird die Leistung seines Beitrags unmöglich, so bleibt dennoch die Gemeinschaftlichkeit der Mittel erhalten, da ja noch immer mindestens zwei Gesellschafter ihre Beiträge vereinen. Es braucht daher die Gesellschaft nicht ohne weiteres zu endigen. Die Gemeinschaftlichkeit der Mittel ist das erste und wichtigste Erfordernis einer Gesellschaft, und die ganze Aufnahme des Prinzips der gesamten Hand ins Gesetz-

[1]) Bürgerl. R. II, 2, S. 537 (auch Anm. 2).

buch hat schliesslich keinen anderen Zweck gehabt, als insbesondere durch die Bildung eines besonderen Gesellschaftsvermögens diese Gemeinschaftlichkeit zu sichern und zu erhalten. Das Gesetz hebt denn auch den Unterschied zwischen einer aus zwei und einer aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft an anderer Stelle deutlich hervor. Oder wie will man die §§ 736—740, die vom Ausscheiden eines Gesellschafters handeln, auf eine aus zwei Personen bestehende Gesellschaft anwenden?[1]) Es gilt hier vielmehr die stillschweigende Voraussetzung, dass die Gesellschaft aus mindestens 3 Personen besteht, und es muss demnach auch für den § 723 als gerechtfertigt erscheinen, teilweise eine solche Voraussetzung anzunehmen.

Ad II. Wird die Leistung eines Gesellschafters infolge eines Umstandes unmöglich, den ein anderer Gesellschafter zu vertreten hat, so kann die Bestimmung des § 324, dass der erstere den Anspruch auf die Gegenleistung behält, nicht zur Anwendung kommen.[2]) Denn diese Vorschrift passt offenbar nur da, wo ein wirklicher Austausch und keine Vereinigung der Leist-

[1]) § 736 bestimmt z. B. „Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, dass wenn ein Gesellschafter kündigt . . . . . die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet . . . . . der Gesellschafter . . . . aus der Gesellschaft aus.“ Angenommen nun, eine Gesellschaft von 3 Personen hat eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrage; nach einiger Zeit kündigt ein Gesellschafter; dann findet § 736 Anwendung; bald darauf aber kündigt der zweite, soll dann etwa auch § 736 Anwendung finden?

[2]) Abweichend Planck, Kommentar II, S. 455.

ungen beabsichtigt ist. Bei der Vereinigung behält ja jeder Leistende gleichsam einen Teil für sich zurück, ein dem Rechte nach beizutragender Gegenstand wird gemeinschaftliches Vermögen aller Gesellschafter, also auch des schuldigen. Es ist dem unschuldigen Gesellschafter garnicht damit gedient, dass die Gesellschaft nur mit den Mitteln der andern Gesellschafter betrieben wird, da er auch dann noch Schaden haben kann, insofern ein Gedeihen der Gesellschaft mit so geringen Mitteln vielleicht nicht möglich ist. Auch ist zu beachten, dass, falls nur zwei Gesellschafter vorhanden sind, die Gemeinschaftlichkeit der Mittel wegfällt, sodass die Gesellschaft sich auflösen muss; sind aber mehr als zwei Gesellschafter vorhanden, und nur der Zweite hat Schuld an der Unmöglichkeit der Leistung des Ersten, so ergibt sich folgende merkwürdige Lage: im Verhältnis des Ersten zum Zweiten muss § 324 Anwendung finden, da der Zweite die Unmöglichkeit zu vertreten hat; im Verhältnis aber des Ersten zum Dritten und den übrigen muss § 323 Anwendung finden, da kein Teil die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Das geht natürlich nicht, vielmehr muss der § 324 bei der Gesellschaft aus dem Spiele bleiben, und es tritt dafür der allgemeine Grundsatz, dass der schädigende Gesellschafter Schadensersatz zu leisten hat:[1]) dieser Schadensersatz muss an Stelle des versprochenen Beitrags zum Gesellschaftsvermögen geleistet werden; war jedoch der Beitrag wesentlich für die Erreichung

[1]) Ebenso Knoke, Recht der Gesellschaft S. 48.

des Gesellschaftszweckes, so ist das Kündigungsrecht nach § 723 gegeben; lässt sich der Gesellschaftszweck überhaupt nicht mehr erreichen, so endigt die Gesellschaft von Rechts wegen nach § 726.

Ad III: Wird die Leistung eines Gesellschafters infolge eines Umstandes unmöglich, den er selbst zu vertreten hat, so kann wieder zweifelhaft sein, ob § 325 oder § 723 anzuwenden ist.

Sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so findet § 325 Anwendung: der andere Gesellschafter kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Hat bereits ein Geschäftsbetrieb der Gesellschaft stattgefunden, so findet die Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht statt, doch wieder mit der oben geschilderten Modifikation, dass auch für die Dienste und die Gebrauchsüberlassung Ersatz zu leisten ist.

Sind mehr als zwei Gesellschafter vorhanden, so hat erstens jeder andere Gesellschafter das Recht, Schadensersatz zu fordern nach § 325; denn wie der Anspruch auf die Leistung selbst, so kann auch der Schadensersatzanspruch von jedem einzelnen Gesellschafter geltend gemacht werden, der Ersatz fliesst in das Gesellschaftsvermögen. Sind alle übrigen Gesellschafter einig, so können sie auch das Rücktrittsrecht gemäss §§ 327, 356 ausüben.

Zweitens aber hat auch jeder einzelne Gesellschafter das Recht, die Gesellschaft nach § 723 zu kündigen.

Kommt ein Gesellschafter mit der Leistung seines Beitrages in Verzug, so findet nach § 723 das Kündigungsrecht jedes anderen Gesellschafters statt. Doch sind auch sämtliche übrigen Gesellschafter zusammen berechtigt, dem Säumigen nach § 326 eine Frist zu setzen, nach deren Ablauf sie alle zusammen das Rücktrittsrecht haben oder jeder einzelne den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen kann.

2. Die Unübertragbarkeit des Rechts.

Das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge, welches jeder einzelne Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag erwirbt, ist nicht übertragbar nach B. G.-B. § 717 Satz 1. Die Gesellschaft stellt sich dar als einheitlich geschlossenes Verhältnis, welches auf gegenseitigem Vertrauen der Gesellschafter beruht und deshalb an die Personen der einzelnen Gesellschafter geknüpft ist.[1]) Da die Beiträge nur zu Gesellschaftszwecken verlangt werden dürfen, würde die Uebertragung des Rechts auf die Beiträge gleichkommen einer Uebertragung des ganzen Gesellschaftsverhältnisses; dem Wesen der Gesellschaft jedoch widerspricht es, dass durch beliebige Verfügungen eines einzelnen Gesellschafters ein anderes Mitglied eingeschoben werden kann. Es ist daher eine Uebertragung des Rechtes nichtig.[2]) Auch beschränkte Rechte, wie Niess-

[1]) Motive II, S. 614.
[2]) Vgl. auch B. G.-B. § 399.

brauch und Pfandrecht, können infolgedessen an demselben nicht bestellt werden,[1]) und eine Pfändung ist nach § 851 der Zivilprozessordnung ausgeschlossen.

V. Das Erlöschen des Rechts.

1. Die Erfüllung.

a) Die Arten der Erfüllung.

Wie bei jeder Forderung, so ist auch bei der Forderung auf die Gesellschaftsbeiträge der vornehmste Erlöschungsgrund die Erfüllung. Durch den Gesellschaftsvertrag hatte sich jeder Gesellschafter verpflichtet, diejenigen Akte vorzunehmen, welche nach der Natur des Gegenstandes und den massgebenden Rechtsgrundsätzen zur Erfüllung (Einbringung, Illation) erforderlich sind. Ueber die Form der Einbringung ist hier nichts besonderes bestimmt, es gelten die allgemeinen Regeln. Der dies noch besonders aussprechende § 631 Abs. 3 des ersten Entwurfes des B. G.-B. ist als entbehrlich gestrichen. Abgelehnt ist insbesondere die Regel des gemeinen Rechts, wonach bei der societas omnium bonorum[2]) der Eigentumsübergang ipso iure schon auf Grund des Gesellschaftsvertrages stattfinden soll.[3])[4])

---

[1]) Motive II, S. 615.

[2]) l. 1 § 1 D. 17, 2.

[3]) Motive II, S. 599.

[4]) Auch das alte H. G.-B. hatte in Art. 9 eine ungenaue Ausdrucksweise befolgt, welche der Annahme Raum gab, dass schon der Abschluss des obligatorischen Vertrages dingliche

Es hat demnach der Gesellschafter, wenn sein Beitrag in Arbeit besteht, die versprochenen Dienste zu leisten.

Hat er sich zu einer Einbringung von Gegenständen quoad usum verpflichtet, so hat er der Gesellschaft die Möglichkeit zu gewähren, den Gebrauch resp. die Nutzungen zu ziehen. Inwieweit die Benutzung seitens der Gesellschaft sich erstrecken darf, hängt zunächst vom Gesellschaftsvertrage ab. Enthält dieser keine Bestimmungen, so wird man unter Berücksichtigung der vermutlichen Vertragsintentionen den Gesellschaftszweck als massgebend betrachten dürfen. Da der Einbringende alle Rechte eines Eigentümers an seiner Einlage ausüben kann, soweit sie mit den Rechten der Gesellschaft vereinbar sind, wird ihm häufig noch ein Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht neben der Gesellschaft für eigene Zwecke zustehen. Da auch in dem Gesellschaftsvertrage keineswegs schon eine Beschränkung der Veräusserungsbefugnis der zum Gebrauch überlassenen Sache liegt, so kann der Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft seine Einlage veräussern, wenn er nur in irgend einer Weise der Gesellschaft die Benutzung ermöglicht.

Soll die Uebertragung der beizutragenden Gegen-

Wirkung habe; die herrschende Ansicht in Theorie und Praxis des Handelsrechts ging aber dahin, dass der obligatorische Vertrag zum Eigentumserwerb der Gesellschaft nicht genüge. Vgl. v. Hahn, a. H. G.-B. I, S. 494; Behrend, Handelsrecht I, S. 485; Adler, Entwicklung und Dogmatik des Gesellschaftsrechts S. 101.

stände dem Rechte nach geschehen, so können wir in Betreff der Voraussetzungen ihres Erwerbes vier Arten von Vermögensrechten unterscheiden:

1. Forderungen und andere Rechte.
2. Ordrepapiere.
3. Inhaberpapiere und bewegliche Sachen.
4. Grundstücke.

Ad 1: Forderungen werden durch einfachen Vertrag nach B. G.-B. §§ 398 ff. übertragen. Es ist daher möglich, dass sie schon gleichzeitig mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages zediert werden. Doch besteht dafür, dass dies beabsichtigt ist, keine Vermutung; denn der einzelne Gesellschafter würde sich durch die sofortige Einbringung selbst benachteiligen, da er dann nicht mehr die exceptio non adimpleti contractus vorschützen könnte.[1]) Dieselbe Form gilt für die Uebertragung anderer Rechte, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.

Ad 2: Ordrepapiere werden übertragen durch Indossament, beziehungsweise durch Blankoübergabe oder auch durch Zession.

Ad 3: Die Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen, sowie die Uebertragung der Inhaberpapiere geschieht nach B. G.-B. §§ 929—936 durch dinglichen Vertrag und Uebergabe oder einen der sie ersetzenden Akte. Dabei ist zu beachten, dass die Anwendung des Grundsatzes „Hand wahre Hand"

[1]) Planck, Kommentar II, S. 467.

(B. G.-B. §§ 933—936, H. G.-B. §§ 366, 367) schon dann ausgeschlossen ist, wenn der übertragende Gesellschafter selbst zur Zeit der Uebertragung nicht in gutem Glauben ist, da die mala fides auch nur eines Gesellschafters die ganze Gesellschaft ergreift; denn die Wirkung kann nur eine einheitliche in Ansehung des ganzen Eigentums an der Sache sein, die Uebertragung sollte ja an alle Gesellschafter in ihrer Verbundenheit erfolgen, es wollten die übrigen Gesellschafter nicht jeder für sich eine Quote erwerben, sondern sie wollten zusammen mit dem bösgläubigen Gesellschafter zur gesamten Hand berechtigt sein.

Ad 4: Grundstücke werden nur dadurch gemeinschaftlich, dass sie aufgelassen und auf den Namen sämtlicher Gesellschafter eingetragen werden, wobei nach § 48 der Grundbuchordnung zugleich zu vermerken ist, dass zwischen den Miteigentümern eine Gesellschaft besteht, um den Ausschluss des einzelnen von der Verfügung über seinen Anteil kundbar zu machen. Die Auflassung hat sich auf das ganze Grundstück zu erstrecken und nicht etwa nur abzüglich eines Anteils für den Auflassenden; denn in dessen Privatvermögen bleibt nicht irgend eine Quote zurück, das ganze Grundstück wird seiner Verfügungsgewalt entzogen; es ist für sein Privatvermögen das Resultat dasselbe, mag er das Grundstück in eine Gesellschaft einbringen oder an einen Fremden veräussern. Da den einzelnen Gesellschaftern gar keine bestimmten Quoten zustehen, so liesse sich auch gar nicht fest-

stellen, welche Quoten er den einzelnen Gesellschaftern auflassen sollte. Es ist daher auch Auflassung notwendig, wenn die bisherigen Miteigentümer eines Grundstückes eine Gesellschaft gründen und in diese ihr gemeinschaftliches Grundstück einbringen. Denn während sie bisher Miteigentümer nach bestimmten veräusserlichen Anteilen waren, verliert durch den Akt der Einbringung jeder Gesellschafter sein besonderes Verfügungsrecht an den Gesamtwillen der Gesellschafter, er gibt sein Miteigentum auf und es tritt dafür das Gesamteigentum der Gesellschafter. Dies zeigt sich deutlich beim Ausscheiden eines Gesellschafters. In dem Augenblick, wo er aufhört der Gesellschaft anzugehören, geht sein Anteil an dem Grundstück ipso iure auf die übrigen Gesellschafter über, und er erhält dafür den Wert in Geld vergütet. [1])

b) Die Haftung bei der Erfüllung.

Bei der Erfüllung seiner Beitragspflicht z. B. bei der Leistung der versprochenen Dienste hat der Gesellschafter nach B. G.-B. § 708 nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Es liegt hier eine der seltenen Ausnahmen des B. G.-B. von dem Grundsatze des § 276 vor, dass der Schuldner die im Verkehr erfor-

[1]) Ebenso Gierke, Genosschaftstheorie. S. 515. Staudingers Kommentar II, S. 546. Oertmann, Kommentar, S. 445. Staub, Kommentar I, S. 385. Das Erfordernis der Auflassung wird verneint von: Hellwig, Anspruch und Klagerecht. S. 198, Anm. 1. Dernburg, Bürgerl. R. II, 2, S. 546, Anm. 5.

derliche Sorgfalt zu beobachten habe. Das Gesetz hat es bei dieser Regelung belassen, obwohl sie in der zweiten Kommission mit juristisch-logischen Gründen heftig angegriffen wurde; es nahm dabei Rücksicht einmal auf die allgemeine Geltung des Satzes im bisherigen Rechte, so besonders im römischen und im Handelsrechte, dann aber auch auf das psychische Moment, dass Personen, die miteinander einen Gesellschaftsvertrag einzugehen beabsichtigen, sich gegenseitig so nehmen wollen, wie sie einmal seien; jeder Teil fasse von vornherein die Individualität des andern ins Auge und verlange nur, dass er in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten dieselbe Sorgfalt übe, wie in den eigenen.[1]) Das Mass der Haftung eines Gesellschafters kann jedoch im Gesellschaftsvertrag erweitert oder eingeschränkt werden, nur die Haftung wegen Vorsatzes kann nicht erlassen werden. (B. G.-B. § 276 Abs. 2.)

Was die Haftung für juristische und physische Mängel eines eingebrachten Gegenstandes betrifft, so richtet sich diese nach dem rechtlichen Charakter der Einbringung. Dieser ist bei Sachen oder Rechten, die in das Gesellschaftsvermögen übergehen sollen, kein Kauf und keine datio in solutum, wohl aber liegt eine Veräusserung sui generis vor, und da diese eine entgeltliche ist, so finden nach den §§ 445, 493 die Regeln des Kaufrechts Anwendung. Es können also,

[1]) Protokolle II, S. 420.

falls die von einem Gesellschafter eingebrachte Speziessache mit einem Mangel behaftet ist, die übrigen Gesellschafter nach § 462 Wandelung oder Minderung, unter Umständen auch nach § 463 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Besteht die Gesellschaft aus mehr als zwei Personen, so kann zwar den Anspruch auf Minderung jeder einzelne von den übrigen Gesellschaftern geltend machen; dagegen kann Wandelung nur von allen übrigen gemeinschaftlich verlangt werden (§§ 467, 356). Ebenso kann man, wenn eine Gattungssache versprochen und die eingebrachte Sache mangelhaft ist, den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache nach § 480 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 467, 356 nur allen übrigen zusammen gewähren.[1])

Wird eine Sache nur zum Gebrauch der Gesellschaft zur Verfügung gestellt, so haben nicht ohne weiteres die Sätze von der Miete zur Geltung zu kommen,[2]) man hat eine derartige Regelung für bedenklich erachtet[3]). Insbesondere würde man den Gesellschaftern nicht das Kündigungsrecht des Mieters bei nicht rechtzeitiger Gewährung oder zeitweiser Entziehung der Mietsache geben können (§ 542), da der § 723 Abs. 1 Satz 2 nur in beschränkter Weise eine Kündigung rechtfertigt.[4]) Es ist vielmehr dem nach Treue und Glauben ausgelegten Gesellschaftsvertrag die

---

[1]) Abweichend Knoke, Recht der Gesellschaft. S. 51.
[2]) Windscheid-Kipp, Pandekten II, S. 731.
[3]) Motive II, S. 600.
[4]) Windscheid-Kipp, a. a. O

Entscheidung zu überlassen, und nach diesem kann allerdings die entsprechende Anwendung der für die Miete gegebenen Vorschriften als gerechtfertigt erscheinen.[1])

c) Die Wirkungen der Erfüllung.

Durch die Uebertragung der beizutragenden Gegenstände entsteht kraft Gesetzes eine Gemeinschaft der Gesellschafter zur gesamten Hand und ein besonderes Gesellschaftsvermögen (§ 718 Abs. 1). Natürlich können die Beiträge nur insoweit Bestandteile des Gesellschaftsvermögens werden, als sie überhaupt imstande sind, Bestandteile eines Vermögens zu sein; es werden daher nicht die Beiträge, welche in der Leistung von Diensten bestehen, gemeinschaftliches Vermögen. Entsprechend regelt sich auch der Uebergang der Gefahr. Hat die Erfüllung stattgefunden, so hat der Gesellschafter, welcher den Gegenstand eingebracht hat, alles geleistet, was er nach dem Gesellschaftsvertrag zu leisten versprochen hatte. Wird daher eine der zum Eigentum eingebrachten Sachen durch Zufall zerstört oder beschädigt, so trifft der Verlust das Gesellschaftsvermögen. Trifft solcher Verlust oder solche Verschlechterung in Ansehung eines nur zur Benutzung eingebrachten Gegenstandes ein, so hat der Gesellschafter den Schaden in Bezug des Gegenstandes selbst zu tragen (§ 732 Abs. 2), der Entgang der Benutzung dagegen ist Gesellschafts-

[1]) Planck, Kommentar II, S. 458.

verlust, und der Gesellschafter ist nicht verpflichtet einen anderen Gegenstand als Ersatz einzubringen. (§ 707)

2. Die Auflösung der Gesellschaft.

Als ein dem Recht auf die Gesellschaftsbeiträge eigentümlicher Erlöschungsgrund ist noch zu erwähnen die Auflösung der Gesellschaft. Die Gesellschafter sind sich einander verpflichtet, die Beiträge zur Förderung des Gesellschaftszwecks zu leisten; sobald daher die Gesellschaft und damit der Gesellschaftszweck fortfällt, erlischt auch das Recht auf die Beiträge. Zwar spricht das Gesetz in § 735 von „Beiträgen", die noch nach der Auflösung der Gesellschaft zu leisten sind; aber das sind nicht die Beiträge im eigentlichen Sinne, d. h. die im Gesellschaftsvertrage bestimmten Beiträge; sondern das Wort ist hier im nichttechnischen Sinne gebraucht, es sind die Nachschüsse, die zur Deckung der Schulden zu leisten sind. Die Beiträge im technischen Sinne sind notwendig, damit überhaupt eine Gesellschaft entsteht; sie sind fest bestimmt und können ohne Zustimmung des betreffenden Gesellschafters weder erhöht (§ 707) noch vermindert werden. Die Beiträge aber, von denen § 735 spricht, sind durchaus nicht notwendig, im Gegenteil, sie sind höchst unerwünscht; denn sie werden nur dann gefordert, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der Schulden nicht ausreicht, und nach der Höhe dieser Schulden

richtet sich auch die Höhe der Beiträge, die stets eine schwankende und unbestimmte ist.

Anders allerdings ist es im Handelsrecht. Hier gehört das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge zum Gesellschaftsvermögen, und es können demnach auch noch bei der Liquidation der Handelsgesellschaft die rückständigen Beiträge eingefordert werden.